

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2011/36844

Karar No. 2013/28726

Tarihi: 08.11.2013

İlgili Kanun / Madde

4857 S. İşK/25

1475 S. İşK/14

- **DEVAMSIZLIĞIN SAATLER TOPLANARAK HESAPLANAMAYACAĞI**
-

ÖZETİ Devamsızlık süresi, ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü ya da bir ayda üç işgünü olmadıkça, işverenin haklı fesih imkânı yoktur. Belirtilen işgünlerinde hiç çalışmamış olunması gerekir. Devamsızlık saatlerinin toplanması suretiyle belli bir gün sayısına ulaşılmasıyla işverenin haklı fesih imkânı doğmaz.

Devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi halidir. İşyerine gittiği halde iş görme borcunu ifaya hiç başlamayan bir işçi devamsızlıkta bulunmuş sayılmamalıdır. İşçinin yapmakla yükümlü olduğu ödevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ayrı bir fesih nedeni olup, bu durumda 4857 sayılı Yasanın 25/II-h maddesi uyarınca değerlendirme yapılmalıdır

DAVA :Davacı ve karşı davalı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının ödenilmesine, davalı ve karşı davacı, ihbar tazminatı alacaklarının ödenilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, asıl davayı kısmen hüküm altına almış, karşı davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi M.Taha Ballı tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı-karşı davalı vekili dava dilekçesinde özetle; davacının 21.12.1998-03.08.2009 tarihleri arasında, temizlik personeli olarak çalıştığını, işyerinde haftada 6 gün 07:00-17:00 saatleri arasındaki çalışmanın üstüne günde ortalama 2-3 saat fazla çalışma yapan, dini ve milli bayramlarda da çalışmaya devam eden davacının fazla çalışma ve genel tatil ücretlerinin de ödenmediğini, en son 703,00 TL ücret alan davacının 2,5 aylık ücretinin de ödenmediğini, işyerinde bir öğün yemek verildiğini, yemek molasının 15 dakika olduğunu, daha önce işten çıkartılan işçilere davalı lehine tanıklık yapmayı kabul etmediği için iş akdinin haksız olarak feshedildiğini iddia ederek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin, ödenmemiş ücret alacağı, fazla mesai, ulusal bayram-genel tatil ücretleri alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının ve Karşı Davanın Özeti:

Davalı-karşı davacı vekili cevap dilekçesinde özetle; iş akdinin feshedilmediğini, davacının 03.08.2009 tarihinden itibaren habersiz olarak işi terk ettiği, davacıya iş akdinin devamsızlık gerekçesi ile haklı nedenle feshedildiğinin bildirildiğini, işyerinde ücretlerin bordroda doğru olarak

gösterildiği, davacının işyerinde diğer çalışanlarla birlik olup huzursuzluk çıkarıp işyerini terk ettiklerini, işten kendi isteğiyle ayrılan davacının kıdem ve ihbar tazminatını hak etmediğini, davacının tüm fazla çalışma vesaire haklarının kendisine ödendiğini, tüm izinlerini kullandığını, işyerinde vardiyalı çalışma olması nedeniyle davacının bildirdiği çalışma saatlerinin gerçeği yansıtmadığını, davacının sadece 15 Haziran- 3 Ağustos tarihleri arası döneme ilişkin ücret alacağının olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Davalı-karşı davacı vekili karşı dava dilekçesinde özetle; ihbar önellerine uymadan iş akdinin feshettiğini, İş Kanunu'nun 17.maddesine göre de iş akdini fesheden tarafın ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunduğu iddia ederek ihbar tazminatının davacı-karşı davalıdan tahsilini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece davacı karşı davalının davasının kısmen kabulüne, davalı-karşı davacının davasının reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı yasal süresi içinde taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalı karşı davacı şirket vekilinin tüm, davacı karşı davalı işçi vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasında iş sözleşmesinin, işçinin devamsızlıkta bulunması nedeniyle işverence haklı olarak feshedilip feshedilmediği konusunda uyuşmazlık söz konusudur.

4857 sayılı İş Kanununun 25 inci maddesinin (II) numaralı bendinin (g) alt bendinde, “işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi” halinde, işverenin haklı fesih imkânının bulunduğu kurala bağlanmıştır.

İşverenin ücretli ya da ücretsiz olarak izin verdiği bir işçinin, izin süresince işyerine gitmesi beklenemeyeceğinden, bu durumda bir devamsızlıktan söz edilemez. Ancak yıllık izin zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğundan, işçinin kendiliğinden ayrılması söz konusu olamaz. İşçinin yıllık iznini kullandığını belirterek işyerine gelmemesi, işverence izinli sayılmadığı sürece devamsızlık halini oluşturur (Yargıtay 9.HD. 1.7.2008 gün 2007/21656 E, 2008/18647 K.).

İşçinin işe devamsızlığı, her durumda işverene haklı fesih imkânı vermez. Devamsızlığın haklı bir nedene dayanması halinde, işverenin derhal ve haklı nedenle fesih imkânı bulunmamaktadır (Yargıtay 9.HD. 9.5.2008 gün, 2007/16956 E, 2008/11983 K). İşçinin hastalığı, aile fertlerinden birinin ya da yakınlarının ölümü veya hastalığı, işçinin tanıklık ve bilirkişilik yapması gibi haller, işe devamsızlığı haklı kılan nedenlerdir. Mazeretin ispatı noktasında, sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadığı sürece özel sağlık kuruluşlarından alınan raporlara da değer verilmelidir.

Devamsızlık süresi, ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü ya da bir ayda üç işgünü olmadıkça, işverenin haklı fesih imkânı yoktur. Belirtilen işgünlerinde hiç çalışmamış olunması gerekir. Devamsızlık saatlerinin toplanması suretiyle belli bir gün sayısına ulaşılmasıyla işverenin haklı fesih imkânı doğmaz.

Devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi halidir. İşyerine gittiği halde iş görme borcunu ifaya hiç başlamayan bir işçi devamsızlıkta bulunmuş sayılmamalıdır. İşçinin yapmakla yükümlü olduğu ödevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ayrı bir fesih nedeni olup, bu durumda 4857 sayılı Yasanın 25/II-h maddesi uyarınca değerlendirme yapılmalıdır.

Maddede geçen “bir ay” ifadesi takvim ayını değil ilk devamsızlıktan sonra geçecek olan bir ayı ifade eder. İlk devamsızlığın yapıldığı gün ayın kaçınıcı günüyse takip eden ayın aynı günü bir aylık süre sona erer. Son ayda ilk devamsızlığının gerçekleştiği günün bulunmaması halinde son ayın son günü bir aylık süre dolmuş olur. Sonraki devamsızlıklar ise takip eden aylık dönemler içinde değerlendirilir.

İşgünü, işçi bakımından çalışılması gereken gün olarak anlaşılmalıdır. İş sözleşmesinde,

genel tatil günlerinde çalışılacağına dair bir kural mevcutsa, bu taktirde söz konusu günlerde çalışılmaması da işverene haklı fesih imkanı tanır.

İşyerinde Cumartesi günü iş günü ise belirtilen günde devamsızlık da diğer koşulların varlığı halinde haklı fesih nedenini oluşturabilir (Yargıtay 9.HD. 5.10.2009 gün, 2008/43280 E, 2009/25721 K.).

İş sözleşmesinin askıya alınması durumunda, işçinin çalışması gereken günde işe başlamaması da devamsızlık olarak değerlendirilmelidir (Yargıtay 9.HD. 25.4.2008 gün, 2007/15152 E, 2008/10326 K.).

Somut olayda; davacı işçi, iş akdinin 03.08.2009 tarihinde feshedildiğini bildirerek ertesi gün 04.08.2009 tarihinde dava açmıştır. Dosyaya getirtilen hizmet cetveline göre davacının Ağustos ayında bildirilen çalışılan gün sayısı 3 gün olup davacının dava açtıktan sonra işe gitmesi söz konusu olamaz.

03.08.2009 tarihinden sonra tutulan devamsızlık tutanakları fesih tarihinden sonra tutulmuş olup hukuki sonuç doğurmaz. Bu itibarla davalı işverenin devamsızlık gerekçesine bağlı feshi haksız nitelikte olup davacı işçinin kıdem ve ihbar tazminatlarının kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 08.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.